

A INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL DO EXECUTADO DO ART. 185-A DO CTN – CONTRIBUIÇÃO PARA O ESBOÇO DE UM REGIME JURÍDICO

Claudia Maria Dadico

Juíza Federal da Vara do Juizado Especial Federal do Rio Grande, Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo, Professora de Direito Processual Civil na ESMAFE e nas Faculdades Atlântico-Sul/Anhangüera

SUMÁRIO: 1. A indisponibilidade patrimonial: tentativa de esboço de um regime jurídico próprio. 1.1. A indisponibilidade patrimonial e sua definição na doutrina do Direito Privado. 1.2. Efeitos materiais da indisponibilidade patrimonial. 1.3. Efeitos processuais da indisponibilidade patrimonial. 2. A indisponibilidade patrimonial na legislação infraconstitucional – hipóteses legais. 2.1. Na Lei de Falências. 2.2. No Código de Processo Civil. 2.3. Na Lei das Instituições Financeiras. 2.4. Na Lei de Custeio da Seguridade Social. 2.5. Na Lei de Improbidade Administrativa. 2.6. Na Lei das Organizações Sociais. 2.7. Na Lei que trata do regime de previdência complementar. 2.8. Na Medida Cautelar Fiscal. 2.9. No CTN – Lei Complementar n. 118/2005. 3. A indisponibilidade patrimonial no art. 185-a do CTN (Lei Complementar nº 118/2005). 3.1. Natureza e função do provimento jurisdicional. 3.2. Requisitos para a decretação judicial da indisponibilidade do art. 185-A do CTN. 3.3. A indisponibilidade patrimonial da Lei Complementar n. 118/2005 e a utilidade dos dispositivos legais que disciplinaram a Medida Cautelar Fiscal. 4. Sobre a constitucionalidade do art. 185-A do CTN e sua conformidade com a cláusula do devido processo legal.

1 A INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL: TENTATIVA DE ESBOÇO DE UM REGIME JURÍDICO PRÓPRIO

1.1 A indisponibilidade patrimonial e sua definição na doutrina do Direito Privado.

Muito embora a indisponibilidade patrimonial venha sendo, recentemente, objeto de disciplina por um número crescente de leis, não há, quer nas normas de direito material, quer no direito processual brasileiro, um regramento geral para este instituto, do qual se possa deduzir um regime jurídico que lhe seja aplicável.

À míngua de uma definição legal expressa, cabe buscá-la, com apoio na melhor doutrina.

Quem mais se aprofundou no estudo doutrinário da indisponibilidade foram os grandes teóricos do direito privado, a partir de suas investigações acerca do direito de propriedade e dos institutos da inalienabilidade e da indisponibilidade, na matéria das sucessões.

O ponto de partida é o art. 1.228 do Código Civil que define a propriedade como o direito, assegurado por lei, de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

Desta definição legal extraem-se os elementos constitutivos da propriedade, quais sejam, os direitos de usar, gozar, dispor e reivindicar, assim sintetizados por Silvio Rodrigues: “O ‘*jus utendi*’ implica a possibilidade de usar a coisa de acordo com a vontade do proprietário e a de excluir estranhos de igual uso. O ‘*jus fruendi*’ envolve o poder de colher os frutos naturais e civis da coisa, bem como de explorá-la economicamente, aproveitando seus produtos.(...) O ‘*jus abutendi*’ quer dizer direito de dispor da coisa, alienando-a.”¹

O Código Civil, em seu art. 1.231 estabelece que “a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”, sendo também doutrinária a distinção entre propriedade plena, quando todos os seus elementos se acham reunidos na esfera de direitos do proprietário, e limitada, quando é gravada por ônus real ou é resolúvel.

Além desta hipótese, uma outra limitação ao direito da propriedade é aquela que incide sobre o poder de disponibilidade de seu titular, ou seja, sobre o *jus abutendi*.

Essa limitação incide não apenas sobre a prerrogativa de livremente dispor da coisa, mas, compreende também a limitação da faculdade de aliená-la no todo ou em parte, por título oneroso ou gratuito, bem como de gravá-la com ônus reais, de abandoná-la ou mesmo de destruí-la, consoante leciona Pontes de Miranda².

¹ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. *Direito das Sucessões*. 16.^a ed. vol. 7. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989, p. 76/77.

² Silvio Rodrigues, op. cit., p. 82.

Essa limitação ao direito de propriedade ocorre nos casos de inalienabilidade e de indisponibilidade, voluntária ou cogente.

Todavia, para melhor compreensão da matéria convém distinguir estas duas figuras.

Enquanto a inalienabilidade consiste numa “qualidade jurídica da coisa que, por sua própria natureza ou em virtude da lei, de cláusula ou condição expressa ou de disposição testamentária, não pode ser legitimamente transferida do patrimônio de uma pessoa para o de outra, nem submetida a ônus reais”.³

Já a indisponibilidade consiste numa limitação imposta ao titular do direito, retirando-lhe o poder para realizar eficazmente o negócio jurídico. Em outras palavras, a proibição de dispor subtrai-lhe a legitimidade para a prática do negócio.

Tanto na inalienabilidade, quanto na indisponibilidade, há uma limitação ao direito de disposição. Os institutos, entretanto, não se confundem.

Pontes de Miranda assim os distingue:

Quanto às inalienabilidades objetivas ou são qualidades removíveis, ou irremovíveis, dos bens (sem cogitarmos aqui das coisas que não são suscetíveis de apropriação, a respeito das quais os negócios jurídicos não existiriam, como a compra-e-venda da estrela, do ar, ou da água da chuva não captada), em virtude de lei, ou provêm de negócio jurídico a que se dá publicidade registrária. Não se confundem com as proibições de dispor, que criam ilicitude, nem com as proibições de dispor, de cuja infração resulta ineficácia.⁴

Por outras palavras, a indisponibilidade – tanto aquela instituída em cláusula testamentária, quanto aquela decretada judicialmente –, opera

³ Pedro Nunes, Dicionário de tecnologia jurídica, v. 2. n. 807, apud PINTO FERREIRA, Luís. *Tratado das Heranças e dos Testamentos*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 419, grifo nosso.

⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral*. Tomo IV. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 146, grifo nosso.

na esfera da legitimidade do sujeito para a prática do negócio jurídico, e não decorre de uma qualidade intrínseca da coisa.

Esclarece Antonio Junqueira de Azevedo, que a legitimidade “diferre da capacidade, porque esta depende de condições pessoais, isto é, de condições da pessoa, ou tomada em si mesma (condições físicas ou psíquicas), ou tomada em meio de um grupo social (condições de status), enquanto aquela (legitimidade) depende de relações jurídicas”.

Prossegue o autor, distinguindo entre a “‘legitimidade-requisito de validade’, que age sobre a validade do negócio; pode ser definida como a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida por consentimento de outrem, para realizar validamente um negócio jurídico; (...) A outra, que podemos chamar de ‘legitimidade-fator de eficácia’, é que, de fato, age sobre a eficácia do negócio; esta pode ser definida como a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida pelo fato de estar o agente na titularidade de um poder, para realizar eficazmente um negócio jurídico”.⁵

1.2 Efeitos materiais da indisponibilidade patrimonial.

Destas considerações decorre outra distinção entre a inalienabilidade e a indisponibilidade que possibilitará a delimitação dos efeitos materiais da indisponibilidade patrimonial.

A venda ou oneração de bem gravado por cláusula de inalienabilidade é nula de pleno direito⁶, pois macula o negócio jurídico no plano de sua validade.

A nulidade se dá, segundo Washington de Barros Monteiro, pela ilicitude do objeto do ato jurídico que busca ilidir os efeitos da cláusula, afrontando ao art. 69 do Código Civil de 1916, que definia as coisas fora

⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 68/69.

⁶ Entendem nula a disposição tendente a afastar a incidência das cláusulas da inalienabilidade instituídas de acordo com o art. 1676 do CC: Pinto Ferreira, op. cit., p. 424; Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, vol. 7, p. 146; Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, p. 156; Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 6, p. 153/154; J.M. Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XXIII, p. 322.

do comércio como aquelas “insuscetíveis de apropriação”, bem como as “legalmente inalienáveis”.⁷

Pontes de Miranda sustentava que o

ato jurídico pelo qual se aliena o inalienável, por lei, ou por registro de cláusula registrável, é nulo por impossibilidade jurídica (art. 145, II, 2ª parte), e não por ilicitude (art. 145, II, 1ª parte). É ineficaz, porque é nulo. Não se torna eficaz por desaparecimento da qualidade, em virtude da lei nova, porque tal lei seria retroativa e, provavelmente, ofenderia o art. 141, § 3º da Constituição de 1946; nem se convalida, extinta a qualidade, por ato ratificativo do alienante infrator, porque o nulo é irratificável, nem por ato da pessoa ou pessoas a favor de que se estabelecera a inalienabilidade (...).⁸

Seja por impossibilidade jurídica, seja por ilicitude do objeto, a venda de bem gravado com cláusula de inalienabilidade é nula de pleno direito, não podendo ser ratificada ou convalidada.

Já a venda do bem indisponível atinge o negócio jurídico no plano de sua eficácia.

Não há impossibilidade jurídica, nem ilicitude do objeto. Haverá, sim, a prática de ato por pessoa sem legitimidade para realizá-lo, destituída dos poderes necessários para efetuá-lo eficazmente. O que ocorre, neste caso, é “a inexistência de uma relação jurídica que impede a realização (eficaz) do negócio”.⁹

Antonio Junqueira de Azevedo cita como exemplo de negócios em que há falta de legitimidade-fator de eficácia, v.g., as vendas a *non domino*¹⁰, os atos do mandatário sem poderes e as alienações de bem próprio, quando o proprietário perdeu o poder de disposição.

⁷ BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões*. 19.ª ed., vol. 6, São Paulo: Ed. Saraiva, 1983.p.156.

⁸ Op. cit., p. 168.

⁹ Antonio Junqueira de Azevedo, op. cit., p. 70.

¹⁰ No mesmo sentido Pontes de Miranda, op. cit., p. 146 e 164.

Os negócios realizados nessa situação são válidos e, até mesmo, têm eficácia entre as partes (podem ser rescindidos e dão origem a perdas e danos por inadimplemento); falta-lhes, porém, a eficácia diretamente visada, que, como se percebe, implica em os efeitos do negócio se projetarem também na esfera jurídica de terceiros. O poder, resultante da relação jurídica legitimante, é, pois, aí, fator de atribuição da eficácia diretamente visada; sem ele, o negócio é ineficaz em relação aos terceiros. Aliás, basta pensar que, em princípio, essas pessoas não precisam agir para destruir o ato, para se perceber o quanto essa situação de falta de legitimidade-fator de eficácia difere, não só da nulidade (o que é evidente), mas também, da anulabilidade.¹¹

Na síntese de Lopes da Costa,

o negócio feito com violação da proibição de dispor é ineficaz. Não é nulo, porque o preceito visa a proteção de determinada pessoa – o credor. Não é anulável, porque não necessita de nenhuma declaração judicial que o invalide. Vale em face de todos, menos em frente à pessoa cujos interesses a lei pretende garantir.¹²

Neste ponto, pela fundamentação exposta, discordamos da corrente, seguida entre outros, por Pedro Câmara Raposo Lopes¹³, que defende a nulidade absoluta do ato de alienação voluntária do bem cuja indisponibilidade judicial foi decretada. Como visto, trata-se de indisponibilidade estabelecida em favor do interesse de pessoa determinada (ainda que esta seja a Fazenda Pública) e não da ordem pública ou de toda a coletividade.

¹¹ Op. cit., p. 70/71.

¹² LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Medidas Preventivas. Medidas Preparatórias – Medidas de conservação*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares Editora, 1958, p. 103.

¹³ A indisponibilidade universal da Lei n. 118/2005, disponível em <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6385>, acessado em 23.02.2008.

1. 3 Efeitos processuais da indisponibilidade patrimonial.

A indisponibilidade, quanto decretada em processo judicial, tem nítida e primordial função conservativa, qual seja, a de conservar os bens que, porventura, venham a ser localizados sem a colaboração do devedor, no espaço de tempo que medeia sua identificação e a formalização da penhora, caso se confirme a necessidade de que os mesmos venham a ser objeto de expropriação na execução forçada.

Ainda que diplomas legais recentes¹⁴ tenham introduzido a indisponibilidade patrimonial no processo de execução, não podemos entendê-la como ato processual necessário e obrigatório deste *iter* processual, por uma simples razão: a sua finalidade que é, tão somente, a de viabilizar a prática dos atos executivos, propriamente ditos. Desta forma, sua decretação por ato do Juiz somente poderá ocorrer nos casos em que esta se mostrar efetivamente necessária e útil, consoante se verá adiante. Mesmo porque, se os bens já tivessem sido localizados e identificados no processo de execução, seja por iniciativa do devedor, seja por iniciativa do credor, seja por Oficial de Justiça, já se procederia diretamente à penhora, sem a necessidade da indisponibilidade, como é óbvio.

Disso tudo, podemos afirmar que a indisponibilidade patrimonial é cautelar, e, portanto, insere-se no regime jurídico-processual da tutela cautelar, razão pela qual possui contornos absolutamente distintos da penhora, que é ato executivo.

Não se ignora que a penhora também exerce uma função conservativa. Entretanto, esta não é a sua função principal. Como ensinam Wambier, Almeida e Talamini

apesar de também ter função conservativa, a penhora não é ato de natureza cautelar. Sua finalidade principal não é a de conservar o bem. Mais do que isso, a penhora visa a qualificar o bem penhorado, para futuramente ser ‘transformado’ em dinheiro. A conservação é secundária e instrumental em relação e este outro fim.¹⁵

¹⁴ Lei n. 11.382/2006 que introduziu o art. 655-A do CPC.

¹⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues e outros. *Curso Avançado de Processo Civil*. 9.^a edição. Vol. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006/2007, p. 194.

A primeira consequência da constatação da natureza cautelar da indisponibilidade patrimonial é a sua inaptidão para afetar ou vincular o bem à execução, tal como ocorre com a penhora.

Inicialmente porque, muito embora a indisponibilidade “congele” ou “bloquee” aquela parcela do patrimônio do devedor, a individualização da responsabilidade patrimonial do devedor, com a especificação de quais bens serão destinados à satisfação daquele crédito determinado, são consequências que somente serão produzidas por força da penhora, sendo estes alguns dos principais efeitos processuais deste instituto do processo de execução.

De outro lado, um outro efeito decorrente da penhora é a apreensão física e desapossamento do bem em face do devedor. O devedor perde a posse imediata sobre a coisa penhorada e, ainda que nomeado seu depositário, exercerá a posse sob outro título, já na condição de auxiliar do juízo. Havendo risco de desaparecimento ou deterioração dos bens, a lei faculta a guarda em estabelecimentos oficiais de crédito ou em depositário judicial ou particular, dependendo da natureza dos bens penhorados (art. 666 do CPC). Na indisponibilidade, conceitualmente, não há perda da posse, mas tão somente do direito de disposição.

Neste ponto, cabe fazer a ressalva para os ativos financeiros. A decretação judicial da indisponibilidade importa, neste caso, também na perda da posse destes bens, que ficarão sob a custódia das instituições financeiras depositárias. A diferenciação entre a indisponibilidade cautelar e a penhora do dinheiro ocorre no plano finalístico: o bloqueio se destina a conservar, evitando movimentações que possam desviar aqueles recursos de sua afetação ao processo de execução. Já a penhora do dinheiro torna aqueles valores efetivamente vinculados ao processo de execução e somente não serão revertidos ao pagamento da dívida se impenhoráveis ou nas hipóteses de procedência de meio de defesa utilizado pelo devedor.

Com a penhora o credor adquire, também, o direito de preferência sobre os bens penhorados, direito este de caráter estritamente processual, o que não constitui efeito processual da indisponibilidade patrimonial, dada a sua natureza cautelar.

Ademais, a penhora não retira do executado o direito de dispor da coisa.

Se em razão do depósito decorrente da penhora, ocorre a indisponibilidade material absoluta, ‘quanto à disposição jurídica ... rege o princípio oposto da livre disponibilidade do direito, apenas com a limitação da ineficácia dos respectivos atos, para com a execução, independentemente de declaração judicial, isto é, tendo-se os atos como válidos e eficazes em todas as direções menos em relação à execução, para a qual são havidos como se não existissem.’¹⁶

Diante do que foi exposto, é possível mesmo afirmar que, do ponto de vista estrutural¹⁷, a indisponibilidade representa uma antecipação dos atos finais do processo de execução, na medida em que durante todo o processo de execução, os bens penhorados permanecem sob o poder de disposição do executado, uma vez que não lhe é vedada a alienação ou oneração. A retirada destes bens de sua esfera de disponibilidade dá-se apenas com sua transferência à propriedade de outrem, quer através da arrematação, quer através da adjudicação. Somente neste momento é que o poder do executado de dispor dos bens constritos é retirado.

Não se pode negar que a decretação judicial da indisponibilidade apresenta contornos expropriatórios, na medida em que retira do requerido um dos poderes inerentes ao direito de propriedade, como já visto.

Nem o arresto, nem a penhora acarretam este efeito.

Por fim, cabe afirmar que, não obstante haja certa controvérsia jurisprudencial sobre o tema, prevalece a tendência jurisprudencial segundo a qual “a indisponibilidade obsta tão-só, a alienação ou oneração voluntárias, mas não a constrição judicial, da qual decorrerá o direito de concorrer com os demais credores.” E ainda: “A indisponibilidade dos

¹⁶ Humberto Theodoro Junior, *Curso de Direito Processual Civil*, vol II, p. 186.

¹⁷ No tocante à análise estrutural dos provimentos jurisdicionais adotamos como premissa metodológica o posicionamento de Crisanto Mandrioli segundo o qual os provimentos antecipatórios não guardam apenas uma relação de anterioridade cronológica em relação aos provimentos cujos efeitos buscam antecipar, no sentido de apenas “*vir antes de*”. “*Em realidade,*” – aduz Mandrioli – “*quando se diz que um fenômeno antecipa um outro não se diz que um vem antes que o outro, mas se diz ainda que chega antes à mesma meta daquele outro.*” (MANDRIOLI, Crisanto. Per una Nozione Strutturale dei Provvedimenti Anticipatori o Interinali. In: *Rivista di Diritto Processuale*, ano XIX, n. 4, p. 551-581. Pádua: CEDAM, outubro-dezembro 1964.

bens dos diretores das instituições financeiras em intervenção extrajudicial tem por finalidade obstar que o proprietário, por vontade própria, aliene seus bens, destinados, em face do preceito legal à garantia dos credores. Isso não quer dizer, porém, que ditos bens estão imunes à constrição legal. Em execução promovida contra diretor de instituições financeiras, sob o regime de liquidação extrajudicial, podem os seus bens ser penhorados para que o procedimento tenha uma evolução normal até o momento da designação da praça, quando, então, deverá ser suspenso, caso ainda não se encontre alhures a responsabilidade do executado. (JB 125/286, 1987)

2 A INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL – HIPÓTESES LEGAIS

2.1 Na Lei de Falências.

A indisponibilidade patrimonial dos bens do falido já era prevista na antiga Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45) em seu art. 40 e atualmente é contemplada pela nova Lei (Lei 11.101, de 09.02.05) no art. 103: “Desde a decretação da falência ou do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor”. Este dispositivo é aplicável, segundo Fábio Ulhoa Coelho, tão somente ao empresário individual e às modalidades societárias que contemplem responsabilidade ilimitada (nome coletivo, comandita simples ou comandita por ações, hipóteses em que todos os sócios da sociedade em nome coletivo, o sócio comanditado na comandita simples e o acionista-diretor, na comandita por ações, perdem o direito de administrar e dispor de seus bens)¹⁸. Decretada a indisponibilidade, tais empresários perdem o direito de administrar e dispor de seu patrimônio, embora não tenham sua capacidade civil subtraída, pois os atos de conteúdo não patrimonial podem ser praticados (exemplo: atos civis de direito que envolvam direito de família, votar, prestar concurso, etc.). A propriedade dos bens, contudo, se conserva até a venda dos bens na realização

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 290.

do ativo durante a liquidação, pois a massa falida não se torna proprietária dos bens do patrimônio do falido, apenas congregando os interesses dos credores.

Não pode a indisponibilidade, contudo, atingir os bens não sujeitos à arrecadação, quais sejam, os bens absolutamente impenhoráveis (CPC, arts. 649 e 650, Lei nº 8.009/90) e os bens da meação do cônjuge.

Nos demais casos, a indisponibilidade patrimonial é disciplinada no art. 82, § 2.º, da mesma lei, que rege a responsabilidade pessoal dos sócios e estabelece que: “O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgado da ação de responsabilização”.

É também Fábio Ulhøa Coelho quem afirma que a indisponibilidade, em tal caso, deverá ser deferida, liminarmente, tão somente na ação na qual esta responsabilidade ficará delimitada, ou seja, “quando houver fundado receio de frustração da execução da sentença condenatória que afinal vier a ser proferida responsabilizando o sócio, acionista ou administrador”, não sendo cabível nos autos principais da falência.

De qualquer forma, a indisponibilidade será sempre limitada aos bens do demandado em valor suficiente para a indenização do dano alegado. Não cabe, em nenhuma hipótese na falência, o decreto da indisponibilidade dos bens dos sócios, acionistas ou administradores, em termos gerais. Ela deve sempre ser limitada, como diz a lei, ao valor do ressarcimento demandado.¹⁹

2.2 No Código de Processo Civil.

O art. 752 do Código de Processo Civil, inserido no rito da execução por quantia certa contra devedor insolvente, estabelece que o devedor perde o direito de administrar os seus bens e deles dispor, até a liquidação total da massa no processo de insolvência, tão logo seja ela declarada. A massa insolvente passa a ser gerida pela figura do administrador,

¹⁹ Idem, pp. 209/212 e 282/291.

que tem a custódia dos bens arrecadados (art. 763 do CPC) e também representa a massa em juízo (art. 12, III e 766, II, do CPC).

Sobre a extensão dos efeitos da indisponibilidade, pontifica Araken de Assis:

Este efeito radical, mais profundo do que o verificado na penhora, espraia-se sobre todas as relações patrimoniais do devedor e as que, de algum modo, influenciem a massa ativa. Como visto [...], não equivale a uma perda completa a capacidade processual. Traduz a criação da própria massa dos bens arrecadados. Sob este aspecto, há uma restrição relativa à capacidade civil. A inabilitação do devedor perdura até a extinção das obrigações, ex vi do art. 782, ao contrário do que se infere da locução empregada no art. 752 – “liquidação total da massa”- e, se concretiza em termos. Em primeiro lugar, jamais se levará ao pé da letra o veto aparente do art. 782 à prática pelo devedor de ‘todos os atos da vida civil’. Decerto a lei não o impedirá de exercer profissão, provendo seu próprio sustento e o da família....Tampouco deixará de atuar, na execução coletiva, como parte passiva. Ninguém poderá negar-lhe a possibilidade de locar imóvel para residência familiar.²⁰

Outra hipótese de indisponibilidade patrimonial foi introduzida no texto do Código de Processo Civil pela Lei n. 11.382/2006, com o acréscimo do art. 655-A, §§ 1.º e 2.º: “Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. § 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. § 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do caput do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade”

²⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 814/815.

Como se verifica do texto transcrito, a indisponibilidade, nesses casos, funciona apenas para viabilizar a penhora de dinheiro, em consonância com a ordem preferencial estabelecida pela nova redação do art. 655, *caput*, do CPC.

A primeira conclusão que se extrai da literalidade do texto é a inexistência de autorização legal, no regime da execução por quantia certa contra devedor solvente do CPC, para a decretação da indisponibilidade patrimonial sobre outros bens, além do dinheiro, diferentemente do que ocorre na execução fiscal, por força do art. 185-A do CTN, introduzido pela Lei Complementar n. 118/2005 e que será objeto de análise em tópico próprio deste artigo.

De outro lado, a jurisprudência vem consolidando a tendência de restringir a aplicabilidade deste dispositivo, tão somente às hipóteses em que o credor comprovar nos autos que esgotou todas as possibilidades de localização de outros bens do devedor (mediante buscas, por exemplo, nos Cartórios de Registro de Imóveis da Comarca do devedor e no DETRAN)²¹ ou nos casos em que o próprio devedor declare não possuir outros bens.

Não obstante o dinheiro figure como o bem melhor posicionado na ordem de preferência do art. 655, *caput*, do CPC, tal entendimento decorre não apenas do reconhecimento de que os dados bancários atingidos pelo eventual decreto de indisponibilidade são protegidos pela garantia constitucional do sigilo bancário (art. 5.º, incisos X e XII, da CF/88), como também em atenção ao princípio da menor onerosidade ao devedor, inscrito no art. 620 do CPC.²²

²¹ AI n. 2005.04.01.010235-6/PR, AI n. 2005.04.01.013747-4/SC, AI n. 2005.04.01.025890-3/RS.

²² “AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PENHORA ON-LINE. LEI Nº 11.382/06. MEDIDA DE CARÁTER EXTREMO. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS NA LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS. NÃO COMPROVAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Por força do disposto na nova redação da Lei nº 11.382/06 o depósito em conta ou aplicação em instituição financeira passou a integrar o rol de preferências para nomeação à penhora (art. 655 do CPC). Contudo, tal circunstância não altera o entendimento segundo o qual a medida tem caráter extremo, não só porque importa em violação do sigilo de que se revestem as operações bancárias, mas também por suas funestas consequências. Via de

A este propósito, cabe citar trecho de voto da lavra do ilustre Desembargador Federal Antonio Albino Ramos de Oliveira para quem

a penhora em saldos bancários é medida extrema, não só porque importa em violação do sigilo de que se revestem as operações bancárias, mas também por suas funestas consequências. É sabido que, hoje, quase todos os pagamentos são feitos por via bancária, de modo que os salários dos empregados de empresas privadas e os vencimentos e proventos da inatividade dos servidores públicos transitam, necessariamente, por contas correntes bancárias. Desse modo, o bloqueio ou a penhora de saldos bancários podem criar riscos de violência mínimo existencial, agredindo o princípio da dignidade humana. Essa a razão por que, para se admitir tal penhora, deve o juízo cercar-se de todas as garantias, especialmente quanto à necessidade da constrição.²³

As “funestas consequências” referidas pelo ilustre Desembargador Federal vão ao encontro do alerta já sinalizado pela doutrina, no sentido de que, na aplicação deste dispositivo, a atividade jurisdicional, a pretexto de sanar a violação ao direito do exequente, será fator de criação de litigiosidade, que se manifestará no mesmo processo (...) ou em outras ações judiciais”²⁴.

O grande número de acórdãos recentes, tanto do STJ, quanto dos diversos Tribunais Regionais Federais, tratando sobre o tema confirmam esta tendência já sinalizada pela doutrina.

consequência, ainda se faz necessário o esgotamento de diligências ordinárias visando a localização de bens penhoráveis, sem as quais não se mostra plausível o deferimento do pleito. 2. No caso concreto, o exequente, ora agravante, não demonstrou ter havido o esgotamento das vias ordinárias para localizar bens passíveis de penhora. 3. Agravo de instrumento improvido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2007.04.00.024947-1/SC -RELATOR : Des. Federal OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA DJU: 06/09/07).

²³ TRF4, AGRADO DE INSTRUMENTO, 2007.04.00.004437-0, Segunda Turma, Relator Antonio Albino Ramos de Oliveira, D.E. 29/08/2007.

²⁴ Wambier, Luiz Rodrigues e outros. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. vol 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 121.

2.3 Na Lei das Instituições Financeiras.

A Lei n. 6.024/74, em seu art. 36, prevê a indisponibilidade dos bens dos administradores de instituições financeiras em intervenção, liquidação extrajudicial ou falência. A despeito da ausência de um regimento geral para todas as hipóteses de indisponibilidade no Direito brasileiro, o art. 38 da Lei n. 6.024/74 estabelece um elenco de providências decorrentes do decreto judicial de indisponibilidade que, na ausência de norma específica, pode ser invocado por analogia: “Art. 38. Decretada a intervenção, a liquidação extrajudicial ou a falência, o interventor, o liquidante ou o escrivão da falência comunicará ao registro público competente e às Bolsas de Valores a indisponibilidade de bens imposta no artigo 36. Parágrafo único. Recebida a comunicação, a autoridade competente ficará relativamente a estes bens impedida de: a) fazer transcrições, inscrições, ou averbações de documentos públicos ou particulares; b) arquivar atos ou contratos que importem em transferência de cotas sociais, ações ou partes beneficiárias; c) realizar ou registrar operações e títulos de qualquer natureza; d) processar a transferência de propriedade de veículos automotores”.

Tais vedações legais ao registro, que parecem querer situar os efeitos do decreto judicial de indisponibilidade em um âmbito maior do que a mera ineficácia dos atos em relação ao credor, podem ter sua justificativa no caráter multitudinário das lides que envolvem a liquidação de instituições financeiras, as quais mobilizam, em geral, milhares de credores. Sua aplicabilidade aos demais campos do direito, todavia, deve ocorrer com cautela, sob pena de desvirtuamento de sua finalidade que é a de servir de garantia em favor de determinada pessoa – o credor – e não da ordem pública.

Outra ressalva feita pela Lei n. 6.024/74 diz respeito à impossibilidade de a indisponibilidade recair sobre bens inalienáveis ou impenhoráveis (§ 3.º do art. 36), bem como sobre os bens “objeto de contrato de alienação, de promessa de compra e venda, de cessão ou promessa de cessão de direitos, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público, anteriormente à data da decretação da intervenção, da liquidação extrajudicial ou da falência”.

Não podemos deixar de mencionar que o artigo 2.º da Lei n. 9.447, de 14 de março de 1996, esboçou um elenco de exceções à indisponibi-

lidade na liquidação extrajudicial, dos quais podemos citar a faculdade outorgada ao Banco Central de excluir da indisponibilidade, os bens de pessoas jurídicas controladores das instituições financeiras submetidas aos regimes especiais, desde que necessário para assegurar a normalidade da atividade econômica e os interesses dos credores. O mesmo dispositivo, em seu § 3.º, também estabelece que a indisponibilidade não impede a alienação de controle, cisão, fusão ou incorporação da instituição submetida aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária.

Quanto ao tema, é oportuno citar o posicionamento jurisprudencial do E. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a indisponibilidade “não impede ou subtrai dos dirigentes da sociedade a sua administração. Cria-se uma restrição ao direito de propriedade, visando sua conservação, não podendo – todavia – a liquidação extrajudicial ‘afetar o processo produtivo ou as operações comerciais’”.²⁵

No mesmo julgado, do voto do Relator extrai-se ainda a afirmação de que “indisponibilidade, significa simplesmente a impossibilidade de dispor dos bens (aliená-los ou de vendê-los), o que, fatalmente, não abrange o mero acessório como o dividendo de uma ação, pois o principal que é o bem continua intacto. (...) O direito ao dividendo deriva, segundo a doutrina e a própria legislação, da qualidade de acionista, ‘como ocorre com o voto’”.

Ao principal fundamento de que a Lei n. 6.024/74 não estabelece a obrigatoriedade de motivação, notadamente quanto à identificação da responsabilidade subjetiva de cada administrador ou diretor, o Tribunal Regional Federal da 5.ª Região decidiu que o mencionado diploma legal não foi recepcionado, por contrariedade à cláusula do “devido processo legal” (LEX 65/628). No julgamento, afirmou o Ministro José Delgado, em seu voto: “A garantia à propriedade, pois, é forte, larga e fundamental em nosso ordenamento. Os bens das pessoas – assim como sua liberdade – só podem ser retirados como consequência de um processo legal, onde se respeite o contraditório e a ampla defesa, como todos os meios e recursos a tanto necessários.”

²⁵ Resp nº 243.091-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 18.10.2004, p. 280.

2.4 Na Lei de Custeio da Seguridade Social.

O art. 53 da Lei n. 8.212, de 24/07/1991, derroga disposição da Lei nº 6.830/80, prevendo a possibilidade de penhora de bens indicados pelo exequente, de forma concomitante com a citação inicial. Além disso, torna desde logo indisponíveis os referidos bens, por força do disposto no § 1.º.

Segundo Andrei Pitten Velloso, em comentário ao dispositivo,

a indisponibilidade implica a inalienabilidade e, conseqüentemente, a impenhorabilidade absoluta do bem (art. 649, I, do CPC). Por tal razão, não seriam admissíveis novos gravames sobre o bem constricto. Porém, o CTN admite o concurso de preferência entre pessoas jurídicas de direito público (art. 187, parágrafo único), razão pela qual, nesse aspecto, não pode prevalecer a impenhorabilidade.²⁶

O autor refere ainda decisões que consideram viável nova penhora e ulterior expropriação do bem, restringindo a indisponibilidade a atos praticados *sponte propria* pelo executado, o que nos parece mais acertado e harmônico, tanto com o conceito doutrinário de indisponibilidade, antes exposto, quanto com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa abaixo transcrita é ilustrativa:

Processual Civil – Imóvel penhorado em execução fiscal – Indisponibilidade – Art. 53, §1o, da Lei n. 8.212/1991 – Possibilidade de nova penhora em outro processo. 1. A indisponibilidade de que trata o art. 53, §1o, da Lei n. 8.212/1991 diz respeito à inviabilidade de alienação pelo devedor-executado, do bem penhorado em execução movida pela Fazenda Pública Federal, o que não impede recaia nova penhora sobre o mesmo bem, em outra execução. 2. Recurso especial provido. (STJ, REsp 615.678-0-SP, 2a Turma, unânime, Rel. Min. Eliana Calmon, julg. 24.08.05, DJ 19.09.05, p. 269)²⁷

²⁶ VELLOSO, Andrei Pitten. *Comentários à lei do custeio da seguridade social: Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, atualizada até a LC 118/2005*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 328.

²⁷ Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 07.09.06.

2.5 Na Lei de Improbidade Administrativa.

O art. 7.º da Lei n. 8.429, de 02/06/1992, estabelece a obrigatoriedade, para a autoridade administrativa responsável pelo inquérito administrativo, de representação ao Ministério Público a fim de que seja decretada a indisponibilidade dos bens do indiciado que assegurem o integral ressarcimento do dano ao erário ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

A indisponibilidade, na espécie, está fundamentada em previsão constitucional constante do § 4.º do art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça confirmam a natureza cautelar da medida e sua inserção no poder geral de cautelar previsto no art. 798 do CPC, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DILAPIDAÇÃO DOS BENS. RECEIO DO JULGADOR. SÚMULA 7/STJ. INVIABILIDADE DO RECURSO ESPECIAL E DA CAUTELAR VINCULADA. (...) II – A indisponibilidade dos bens não é indicada somente para os casos de existirem sinais de dilapidação dos bens que seriam usados para pagamento de futura indenização, mas também nas hipóteses em que o julgador, a seu critério, avaliando as circunstâncias e os elementos constantes dos autos, demonstra receio de que os bens sejam desviados dificultando eventual ressarcimento. (...) IV – A indisponibilidade recairá sobre tantos bens quantos forem necessário ao ressarcimento do dano resultante do enriquecimento ilícito, ainda que adquiridos anteriormente ao suposto ato de improbidade....(STJ, AgRg na MC 11139/SP, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Francisco Falcão, julg. 14.03.06, DJ 27.03.03, p. 152)²⁸

²⁸ Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 07.09.06.

RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INDISPONIBILIDADE DE BENS. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO. 1. Não há de confundir ato de improbidade administrativa com lesão ao patrimônio público, porquanto aquele insere-se no âmbito de valores morais em virtude do ferimento a princípios norteadores da atividade administrativa, não se exigindo, para sua configuração, que o ente público seja depauperado. 2. A indisponibilidade de bens prevista no art. 7º da Lei n. 8.429/92 depende da existência de fortes indícios de que o ente público atingido por ato de improbidade tenha sido defraudado patrimonialmente ou de que o agente do ato tenha-se enriquecido em consequência de resultados advindos do ato ilícito. 3. A medida prevista no art. 7º da Lei n. 8.429/92 é atinente ao poder geral de cautela do juiz, prevista no art. 798 do Código de Processo Civil, pelo que seu deferimento exige a presença dos requisitos do *fumus boni jûris* e do *periculum in mora*. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ, REsp 731109/PR, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 02.02.06, DJ 20.03.06, p. 253)²⁹

2.6 Na Lei das Organizações Sociais.

O art. 10 da Lei n. 9.637, de 15/05/1998, que regula a qualificação de entidades como organizações sociais, também contempla a possibilidade de decretação de indisponibilidade de bens da entidade ou o sequestro de bens de seus dirigentes, na hipótese de fundados indícios de malversação de bens ou recursos de origem pública.

2.7 Na Lei que trata do regime de previdência complementar.

O art. 59 da Lei Complementar n. 109, de 29/05/2001, que trata do regime de previdência complementar, estabelece a possibilidade de de-

²⁹ Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 07.09.06.

cretação de indisponibilidade dos bens dos administradores, controladores e membros de conselhos estatutários de entidades sob intervenção ou liquidação extrajudicial: “Art. 59. Os administradores, controladores e membros de conselhos estatutários das entidades de previdência complementar sob intervenção ou em liquidação extrajudicial ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades. § 1.º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção ou liquidação extrajudicial e atinge todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores. § 2.º A indisponibilidade poderá ser estendida aos bens de pessoas que, nos últimos doze meses, os tenham adquirido, a qualquer título, das pessoas referidas no caput e no parágrafo anterior, desde que haja seguros elementos de convicção de que se trata de simulada transferência com o fim de evitar os efeitos desta Lei Complementar. § 3.º Não se incluem nas disposições deste artigo os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis pela legislação em vigor. § 4.º Não são também atingidos pela indisponibilidade os bens objeto de contrato de alienação, de promessas de compra e venda e de cessão de direitos, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público até doze meses antes da data de decretação da intervenção ou liquidação extrajudicial. § 5.º Não se aplica a indisponibilidade de bens das pessoas referidas no caput deste artigo no caso de liquidação extrajudicial de entidades fechadas que deixarem de ter condições para funcionar por motivos totalmente desvinculados do exercício das suas atribuições, situação esta que poderá ser revista a qualquer momento, pelo órgão regulador e fiscalizador, desde que constatada a existência de irregularidades ou indícios de crimes por elas praticados.

Já o art. 60 da referida lei, à semelhança do que ocorre com o já comentado art. 38 da Lei n. 6.024/74, estabelece vedação a anotações decorrentes de alienações ocorridas após a decretação de indisponibilidade, em um âmbito que também parece situar-se em maior abrangência do que a mera ineficácia do negócio jurídico: “Art. 60. O interventor ou o liquidante comunicará a indisponibilidade de bens aos órgãos competentes para os devidos registros e publicará edital para conhecimento de terceiros. Parágrafo único. A autoridade que receber a comunicação ficará, relativamente a esses bens, impedida de: I - fazer transcrições, ins-

crições ou averbações de documentos públicos ou particulares; II - arquivar atos ou contratos que importem em transferência de cotas sociais, ações ou partes beneficiárias; III - realizar ou registrar operações e títulos de qualquer natureza; e IV - processar a transferência de propriedade de veículos automotores, aeronaves e embarcações”.

Valem, aqui, as mesmas ponderações feitas acerca do art. 38 da Lei nº 6.024/74, não se cogitando, na verdade, da instituição de sanção diferenciada da ineficácia para os atos praticados com infringência à proibição de dispor, mas tão somente providência de caráter prático, a fim de resguardar a viabilidade da medida, diante do caráter multitudinário das execuções que versam sobre a matéria.

2.8 Na Medida Cautelar Fiscal.

O art. 2.º da Lei n. 8.397/92, com as alterações da Lei n. 9.532/97 estabelece o rol, não taxativo, de hipóteses de cabimento da indisponibilidade no âmbito da medida cautelar fiscal: “Art. 2.º. A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor: I - sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alienar bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado; II - tendo domicílio certo, ausenta-se ou tenta se ausentar, visando a elidir o adimplemento da obrigação; III - caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens; IV - contrai ou tenta contrair dívidas que comprometam a liquidez do seu patrimônio; V - notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal: a) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade; b) põe ou tenta pôr seus bens em nome de terceiros: VI - possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido; VII - aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei; VIII - tem sua inscrição no cadastro de contribuintes declarada inapta, pelo órgão fazendário; IX - pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito”.

Tratando-se de ação inserida no âmbito da cautelaridade, a medida cautelar fiscal não se compadece com hipóteses de perigo abstratamente normados pelo legislador. Não é possível interpretar o rol do art. 2º da Lei

nº 8.397/92 como hipóteses que, automaticamente, conduziriam à decretação judicial de indisponibilidade, sem permitir ao juiz o exame dos requisitos relativos ao *periculum in mora* e ao *fumus boni juris* em cada caso concreto, levando-se em consideração as peculiaridades de cada situação. Daí, dizer-se que o mencionado rol não é taxativo. Sempre que a satisfação do crédito exequindo restar ameaçada por manobras fraudulentas, ainda que não previstas naquelas hipóteses legais, caberá a decretação da indisponibilidade cautelar, com fundamento na Lei n. 8.397/92.

Por constituir-se numa decisão judicial que afeta diretamente o direito de propriedade do réu, como já visto, o *periculum in mora* a justificar a concessão liminar da medida cautelar fiscal deve ser entendido como uma ameaça real e concreta à frutuosidade da futura execução do crédito público, materializado por manobras de simulação, dissipação patrimonial ou práticas fraudulentas, cuja prova deve ser apresentada pelo autor juntamente com sua petição inicial.

Cabe salientar que a Lei n. 8.397/92, em seu art. 4.º, § 1.º focaliza a indisponibilidade, em se tratando de pessoa jurídica, tão somente sobre os bens do ativo permanente, buscando resguardar os bens que integram o ciclo operacional da empresa.

Por fim, saliente-se, ainda, que a Lei n. 8.397/92 admite o aforamento da medida cautelar tanto em sua forma preparatória, quanto em sua forma incidental, sendo pertinente observar, quanto ao tema, que a propositura da medida cautelar preparatória pressupõe o aforamento de execução fiscal ou de ação tendente à formação de título judicial no prazo máximo de 60 (sessenta) dias (art. 11), já que o sistema processual brasileiro não admite ação cautelar preparatória a processo administrativo.³⁰

2.9 No CTN – Lei Complementar n. 118/2005.

A Lei Complementar nº 118/2005 foi editada com a finalidade de adequar a disciplina da cobrança do crédito tributário às modificações introduzidas pela nova Lei de Falências. Como o vetor adotado pela

³⁰ Vide, quanto ao tema, nossa dissertação de mestrado “A Medida Cautelar Fiscal e o Princípio do Devido Processo Legal”, pp. 173 a 180.

nova lei de falências consistiu em reforçar as possibilidades de continuidade do negócio e incentivar a recuperação viável da empresa, a Lei Complementar n. 118 resultou em uma “solução de compromisso”, na terminologia adotada por Aldemário Araújo Castro³¹.

Segundo esta diretriz, várias garantias do crédito tributário foram flexibilizadas. Veja-se, por exemplo, a ordem de preferência do crédito tributário, que passou a ceder passo para tanto para os créditos “extra-concursais” quanto para os créditos com garantia real, até o valor do bem gravado. Também a responsabilidade tributária em casos de sucessão empresarial, do art. 133 do CTN, foi remodelada, excluindo-se a responsabilidade tributária do adquirente de estabelecimento comercial quando a alienação da empresa ou unidade produtiva ocorrer no bojo de processo de falência ou recuperação judicial.

Ao que parece, para contrabalançar esta “flexibilização” de garantias históricas do crédito tributário, o legislador buscou reforçar outras prerrogativas e garantias. Neste sentido, buscou reduzir o prazo prescricional para a propositura da ação de repetição do indébito, além de endurecer no trato da presunção de fraude, com a supressão da expressão “em fase de execução” (agora “fraude ao crédito tributário”, e não mais a “fraude à execução”) e o tema que passaremos a examinar mais detidamente, a indisponibilidade dos bens do devedor em execução fiscal de crédito tributário.

3 A INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL NO ART. 185-A DO CTN (LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005)

3.1 Natureza e função do provimento jurisdicional.

Conquanto sob o aspecto estrutural possamos afirmar que a indisponibilidade do art. 185-A do CTN possa representar uma antecipação de efeitos somente atingidos nos atos finais do processo de execução, sob o aspecto funcional, não há dúvidas de sua natureza cautelar.

³¹ A Indisponibilidade de bens e direitos prevista no art. 185-A do Código Tributário Nacional, In: *Reflexos Tributários da Nova Lei de Falência (Comentários à LC 118/2005)*. São Paulo: MP Editora, 2005.

Um exame mais detido revela que esta indisponibilidade apresenta os traços característicos da tutela cautelar, a começar pela instrumentalidade, entendida na lição de Cândido Dinamarco e Calamandrei, como uma “*instrumentalidade qualificada*”, “*eventual e de segundo grau*”³².

Neste sentido, não há qualquer dificuldade, já que a indisponibilidade do art. 185 do CTN, ao exigir a prévia citação do devedor, bem como a inexistência comprovada de bens a penhorar, pressupõe, obviamente, uma demanda executiva pendente, para a qual servirá como instrumento.

É também provisória, na medida em que se destina a reservar os bens do devedor até que seja possível sua convolação em penhora ou depósito à disposição do juízo.

Quanto à urgência, uma compreensão apenas literal do texto normativo em exame parece revelar que o legislador erigiu a ausência de indicação de bens à penhora pelo executado, bem como a busca não exitosa de bens no patrimônio do devedor como uma hipótese de perigo presumido, abstratamente normado pelo legislador.

Todavia, é exatamente a inserção da norma no campo da tutela cautelar, que impõe ao aplicador da norma, notadamente o juiz, que verifique, caso a caso, a existência de seus requisitos, tanto no que tange ao *periculum in mora*, quanto ao *fumus boni juris*. Isso porque, não obstante a relação de cautelaridade se estabeleça em relação a um processo de execução, em que a obrigação já resta expressa em título executivo dotado dos atributos da liquidez e certeza, o certo é que, na prática diuturna das Varas Federais ou de Fazenda Pública, não é rara a hipótese de certidões de dívida ativa absolutamente obscuras, de difícil compreensão, além daquelas originadas de confissão de dívida, em que nem mesmo o exequente, por vezes, tem a noção exata do que se está a cobrar.

Outro traço característico da tutela cautelar que também se encontra presente na indisponibilidade da Lei Complementar n. 118/2005 é a fun-

³² “É eventual, porque se efetivará se e quando houver necessidade do processo principal. É de segundo grau, porque as medidas cautelares colocam-se como instrumento a serviço do instrumento: elas servem à eficiência do provimento jurisdicional principal e este, por sua vez, serve ao direito material e à própria sociedade”. *A Instrumentalidade do Processo*. 4.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 261.

gibilidade que, no caso de medida cautelar instrumental a um processo de execução, também se encontra pautada pelo princípio de que a execução deverá processar-se da forma menos gravosa para o devedor. Assim, leciona a Juíza Maria Helena Rau de Souza, em comentário ao artigo examinado,

o juiz da execução que tem a permissão para o mais – decreto da indisponibilidade genérica dos bens, poderá empregar menos, restringindo o alcance da medida à vista das peculiaridades do caso concreto (v.g. valor do crédito, pessoa física ou jurídica executada, porte da empresa)³³.

3.2 Requisitos para a decretação judicial da indisponibilidade do art. 185-A do CTN.

O dispositivo em comento exige:

- a) a citação do devedor;
- b) o não pagamento;
- c) o não oferecimento de bens à penhora;
- d) a não localização de bens penhoráveis.

Inicialmente, cabe delimitar o âmbito de aplicação do instituto tão somente às execuções fiscais tributárias, às quais se aplicam as disposições do CTN. Ficam excluídas, portanto, todas as execuções fiscais de créditos não tributários, notadamente, os valores relativos ao FGTS, as multas administrativas, os foros, laudêmos, alugueis e outros débitos executáveis nos termos da Lei n. 6.830/80, mas que não ostentem natureza tributária. A esses créditos, a jurisprudência tem entendido possível a aplicação do art. 655-A do CPC, o qual, todavia, somente prevê a indisponibilidade patrimonial como medida preparatória de uma futura penhora de dinheiro.³⁴

³³ In: *Código Tributário Nacional Comentado*. Coordenação Vladimir Passos de Freitas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

³⁴ TRF4, AG 2008.04.00.002136-1, Segunda Turma, Relator Marciane Bonzanini, D.E. 01/02/2008.

Uma interpretação sistemática da Lei Complementar n. 118/2005 e dos dispositivos da Lei n. 11.101/2005, permite, igualmente, excluir do âmbito de aplicação do dispositivo em comento, a execução movida contra o devedor prestes a obter a concessão de recuperação judicial.

Isso porque, muito embora a Lei de Falências estabeleça que o processamento da recuperação judicial não determina a suspensão das execuções fiscais contra a empresa (art. 6.º, § 7.º da Lei n. 11.101/2005), a leitura conjunta dos artigos 57 da Lei n. 11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, com a redação dada pela Lei Complementar n. 118/2005 estabelece que a concessão da recuperação judicial pelo juízo competente somente poderá ocorrer mediante a apresentação das certidões negativas dos débitos tributários da empresa postulante.

Assim sendo, transportando tais considerações para o âmbito de nossa análise, se a empresa postulante de recuperação judicial deverá ter todos os seus débitos quitados ou, ao menos, suspensa a sua exigibilidade, por óbvio, estará fora do âmbito de aplicação da indisponibilidade de que ora tratamos, que pressupõe execução fiscal em curso e não garantida, cuja pendência, por si só, inviabilizaria a satisfação desta exigência e a concessão da recuperação judicial.

Quanto à empresa em processo de falência, conquanto a lei não determine a suspensão das execuções e nem a prova da quitação prévia dos tributos para sua decretação, a indisponibilidade dos bens da massa, acaso deferida no âmbito de execução fiscal, além de deter o potencial de frustrar a própria finalidade do processo de falência, poderia resultar em medida inócua, diante de tendência jurisprudencial majoritária que determina que o produto da alienação judicial, em processo de execução fiscal, deverá ser posto à disposição do juízo falimentar³⁵.

³⁵ PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. MASSA FALIDA. PENHORA ANTERIOR À DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA. CRÉDITO TRABALHISTA. PREFE-RÊNCIA SOBRE CRÉDITO FISCAL. PRECEDENTES ERESP 444964/RS E RESP 188.148/RS. 1. A decretação da falência não paralisa a execução fiscal, nem desconstitui a penhora, prosseguindo o processo executivo normalmente. Contudo, realizada a praça, os valores apurados na alienação dos bens penhorados devem ser postos à disposição do Juízo falimentar para satisfação dos créditos trabalhistas, se houver, e, caso insuficientes para o seu atendimento, os bens arrecadados na falência. Conciliação dos arts. 186 e 187 do CTN com a Súmula 44-TFR e o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei. 3. Considerando que o crédito trabalhista

A lei fala em devedor, devidamente citado, sem qualquer distinção, o que permite concluir que a medida de indisponibilidade também poderá ser aplicada nos casos de citação por edital. Nestes casos, todavia, cumpre ao julgador observar com ainda maior cuidado a exigência jurisprudencial de utilizar-se da citação editalícia apenas, e tão somente, nos casos em que todas as diligências de localização do endereço atualizado do devedor restarem frustradas.

Ao exigir-se que a indisponibilidade atinja apenas o devedor, devidamente citado, há que se atentar, ainda, para o fato de que o decreto judicial somente poderá atingir os bens pessoais do administrador ou do sócio da empresa executada, quando, após a análise do cabimento do redirecionamento, de acordo com os dispositivos legais aplicáveis em cada caso concreto, seja este citado em nome próprio, não sendo válida a citação da empresa para tal fim, o que implicaria em ofensa direta ao princípio do devido processo legal.

O requisito atinente à não localização de bens do devedor deve pressupor que tenham sido documentados nos autos, quer por buscas de Oficiais de Justiça, quer por manifestação expressa do credor, que a indisponibilidade foi antecedida por esforços eficazes no sentido de sua localização nos diversos órgãos de registro de bens³⁶.

E quais devem ser os órgãos notificados para o cumprimento da medida? Aqueles mencionados pelo próprio dispositivo, dentro dos limites territoriais do Juízo. A extensão territorial para outras Seções Judiciárias ou cidades diversas daquelas em que o devedor encontra-se, ou encontrou-se recentemente domiciliado, deve ser requerida expressa e fundamentadamente pelo ente credor.

tem precedência sobre o fiscal, não se pode privilegiar o foro do juízo da execução fazendária em detrimento do foro universal da falência a que todos são obrigados. 4. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 541945/RS, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27.09.2005, DJ 07.11.2005 p. 191).

³⁶ “É entendimento, ainda, deste Tribunal que, para configurar o exaurimento das diligências na busca de bens passíveis de penhora, é suficiente a comprovação da realização de consultas junto ao Ofício de Registro de Imóveis da Comarca do devedor e ao DETRAN (AI nº 2005.04.01.010235-6/PR, AI nº 2005.04.01.013747-4/SC, AI nº 2005.04.01.025890-3/RS) ou se o próprio devedor afirmar que não possui bens penhoráveis.” (TRF4, AG 2008.04.00.002668-1, Primeira Turma, Relator Vilson Darós, D.E. 22/02/2008).

3.3 A indisponibilidade patrimonial da Lei Complementar n. 118/2005 e a utilidade dos dispositivos legais que disciplinaram a Medida Cautelar Fiscal.

Com a edição da Lei Complementar n. 118/05 e a nova redação do art. 185-A do CTN, a medida cautelar fiscal incidental, no caso dos créditos tributários, perdeu grande parte de sua razão de ser, já que restou quase que inteiramente absorvida pela nova disciplina.

Todavia, remanescem ainda úteis muitos de seus dispositivos, notadamente no que diz respeito às medidas cautelares fiscais preparatórias antecedentes, ou seja, aquelas que antecedem a propositura de execução fiscal ou de ação tendente à cobrança do crédito tributário.

Mas há que se relembrar que este caráter preparatório pode existir mesmo em casos de execução fiscal pendente, em particular nos casos relacionados a um futuro redirecionamento da execução contra responsáveis tributários, casos em que, além das situações elencadas no art. 2º da Lei nº 8.397, de 06.01.1992, deverá o ente credor comprovar a ocorrência, ou ao menos, a viabilidade da ocorrência de uma das hipóteses de responsabilidade tributária ditas pelo CTN³⁷.

³⁷ TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. INDISPONIBILIDADE DOS BENS DOS SÓCIOS DA EMPRESA DEVEDORA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO. 1. Em se tratando de medida cautelar fiscal, aplicam-se as disposições da Lei nº 8.397/92 e, subsidiariamente, a legislação processual comum. A cautelar preparatória poderá ser proposta durante a fase administrativa de apuração do débito, desde que presentes os requisitos necessários (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), sendo que neste caso, o requerente deverá propor a execução no prazo de 60 dias, contados da data em que exigência se tornar irrecorrível na esfera administrativa. Contudo, é possível ao Fisco ingressar com medida cautelar fiscal preparatória contra requerido que ainda não faça parte do processo executivo principal, mesmo que ultrapassado o prazo de 60 dias da constituição definitiva do crédito fiscal, desde que redirecione ou promova a execução fiscal contra o requerido no prazo do artigo 806, do CPC, ante a garantia insculpida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. 2. Conquanto sustentável a tese de que o mero encerramento das atividades da pessoa jurídica não configura dissolução irregular, é fato que neste caso restaram frustradas as tentativas de localização da empresa nos feitos executivos, não tendo sido indicado o seu novo endereço nem bens suficientes para a garantia do juízo. Ademais, não há elementos que confortem a

Neste ponto cabe lebrar que a Lei da Medida Cautelar Fiscal prevê, expressamente em seu art. 4.º, § 1.º, a possibilidade de extensão da indisponibilidade patrimonial “*aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais*” ao tempo do fato gerador, nos casos de lançamento “*ex officio*”, ou do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos.

Com base neste dispositivo legal, a jurisprudência tem se posicionado em favor da possibilidade de decretação da indisponibilidade dos bens do responsável tributário, mesmo que este ainda não tenha sido citado no processo de execução³⁸.

Ao contrário do que ocorre na disciplina da Medida Cautelar Fiscal, a Lei Complementar n. 118/2005 não contempla tal possibilidade de extensão. Ao contrário, ao inserir o art. 185-A no texto do CTN, a citada Lei Complementar previu, expressamente, que a indisponibilidade somente poderá recair sobre bens do devedor tributário, devidamente citado. Não é demais repetir que o mencionado dispositivo da Medida Cautelar Fiscal que possibilita a extensão do decreto judicial de indisponibilidade aos responsáveis tributários não pode ter sua aplicação estendida aos casos da Lei Complementar n. 118/2005, com base no já citado e

assertiva de que a empresa encontra-se em atividade; tampouco é esclarecida a sua atual situação patrimonial ou noticiada a sua regular partilha ou destinação de seu acervo. 3. Os arts. 124 e 135, III, do CTN, c/c art. 4º, V, da Lei nº 6.830, respaldam o redirecionamento dos executivos fiscais contra o sócio na hipótese de atuação ilícita deste ou de dissolução irregular da empresa, a despeito de já ter sido integralizado o respectivo capital social. Embora a responsabilidade efetiva do agravante pelas obrigações tributárias da pessoa jurídica deva ser objeto de cognição judicial após ampla defesa e dilação probatória, nada impede o Fisco de acautelar-se contra eventual dispersão patrimonial, a fim de assegurar a posterior quitação dos débitos lançados contra o contribuinte. (TRF4, AG 2004.04.01.010864-0, Primeira Turma, Relator Vivian Josete Pantaleão Caminha, D.E. 24/01/2007, aqui grifado)

³⁸ Assim, exemplificativamente, os seguintes precedentes do TRF 4ª Região: AG 200404010389100, PR, Rel. Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares, DJU 26.01.2005, p. 391; AG 2002040105700892/SC, Rel. Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares, DJU 26.11.2003, p. 558; AG 200204010563267/SC, Rel. Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares, DJU 26.11.2003, p. 558; AG nº 200004011165479/SC, Rel. Desembargador Federal Vilson Darós, DJU 04.04.2001, p. 578.

vetusto princípio hermenêutico de que as restrições de direito devem ser interpretadas restritivamente.

O caráter preparatório de eventual redirecionamento da execução fiscal não esgota, também, toda a utilidade remanescente da Medida Cautelar Fiscal. Veja-se que § 2.º do art. 4.º da LMCF permite que o decreto de indisponibilidade também possa estender-se “aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador (§ 1.º), desde que seja capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública”.

Apesar de o dispositivo em questão não referir expressamente a partir de que momento o decreto de indisponibilidade poderá ser estendido aos bens dos terceiros adquirentes, a menção à potencialidade de frustrar a pretensão da Fazenda Pública, torna necessária a interpretação do dispositivo em conformidade com o instituto da fraude à execução fiscal, ou mais precisamente, da fraude ao crédito tributário, na redação atual do art. 185 do CTN, ou da fraude à execução, disciplinada pelo art. 593 do CPC, para os créditos de natureza não tributária.

Seja como for, não há possibilidade de aplicação da indisponibilidade do art. 185-A do CTN em relação aos bens adquiridos em fraude à execução e que se encontrem em nome de terceiros, por decorrência da obrigatoriedade imposta pela Lei de que o decreto de indisponibilidade seja requerido e deferido, unicamente, em relação aos bens do **devedor, devidamente citado**, jamais sobre bens de terceiros estranhos à relação jurídica processual instaurada no processo de execução fiscal³⁹.

³⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DECLARAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS DE TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA TEORIA DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NÃO CABIMENTO. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO COMPROVADA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A aplicação analógica da teoria da desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica não se amolda ao caso dos autos, em que a agravante busca a indisponibilidade dos imóveis registrados em nome da filha do executado, ao argumento de que não se trata de redirecionar o feito contra esta, mas sim de retirar de sua disposição os bens que teriam sido presumivelmente desviados do patrimônio do devedor com o objetivo de que fossem salvaguardados de eventual penhora. 2. Eventual acautelamento da execução fiscal poderia ter sido obtido em medida cautelar fiscal própria, ante a possibilidade de a Fazenda ver frustrado o pagamento de seus créditos fiscais, desde que

Não é demais lembrar que nem o futuro redirecionamento da execução, com fundamento nos dispositivos que ensejam a responsabilidade tributária, nem a eventual decretação da fraude à execução podem ensejar a decretação da indisponibilidade sobre bens pessoas absolutamente estranhas à relação processual que se desenvolve na execução fiscal.⁴⁰

Mas, além dos casos relativos à extensão da indisponibilidade aos bens dos responsáveis tributários, a utilidade dos dispositivos legais que disciplinam a medida cautelar fiscal remanesce, ainda, em todos os demais casos, quando se tratar de crédito não tributário.

4 SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 185-A DO CTN E SUA CONFORMIDADE COM A CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Uma vez assente a inserção do instituto no domínio das medidas cautelares, cuja concessão somente se dará nos casos em que o juiz da execução entender configurados seus pressupostos, não se verifica, a priori, vício de inconstitucionalidade em abstrato na norma em comento, por não representar uma privação do executado de seus bens, em desconformidade com os postulados do devido processo legal.

demonstrado que o executado tivesse alienado seus bens ou os colocado em nome de terceiros com o intuito de fraudar o Fisco. Na situação concreta, restaram evidenciados apenas meros indícios, o que não autoriza a decretação da indisponibilidade postulada. 3. O executivo fiscal foi ajuizado tão-somente contra o ora agravado, quando poderia, em princípio, também ser proposto contra a filha do executado, uma vez que pertencente ao quadro societário de empresa supostamente de propriedade do ora agravado e de sua mulher, não sendo plausível permitir, assim, que terceiros, alheios à relação processual, tenham seus bens submetidos à constrição em decorrência de simples presunção calcada em indícios. 4. Agravo de instrumento improvido. (TRF4, AG 2007.04.00.016744-2, Segunda Turma, Relator Otávio Roberto Pamplona, D.E. 12/09/2007)

⁴⁰ AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - FALECIMENTO DO DEVEDOR - INDISPONIBILIDADE DE BENS DA INVENTARIANTE - DESCABIMENTO. O art. 185-A do CTN autoriza a decretação de indisponibilidade dos bens do devedor tributário. Falecido este, deve a execução prosseguir contra seu espólio, que é representado pelo inventariante. Não se confunde, porém, o espólio com a pessoa do inventariante, sendo descabido postular a indisponibilidade dos bens deste por dívida daquele. 2 - Agravo desprovido. (TRF4, AG 2007.04.00.012374-8, Segunda Turma, Relator Antonio Albino Ramos de Oliveira, D.E. 29/08/2007)

Inicialmente porque, como já visto, conceitualmente não há supressão do direito de propriedade, mas tão somente de um dos poderes do titular do direito de propriedade que é o de dispor, permanecendo facultado o exercício dos direitos de usar e gozar dos frutos da coisa.

O mero fato de o dispositivo em exame não estabelecer qualquer tipo de exceção ou temperamento à indisponibilidade, também não significa, como sustentam alguns doutrinadores, que a lei tenha estabelecido uma obrigatoriedade ao juiz da execução de, automaticamente, disparar o decreto de indisponibilidade global e genérica dos bens do devedor em todos os casos, sem qualquer critério, ou como afirmam outros, que o dispositivo não é auto-aplicável por haver necessidade de maior regulamentação dos pontos obscuros e omissos do texto legal.⁴¹

Em primeiro lugar porque a medida encontra-se, como já visto, no âmbito da tutela cautelar, a qual subordina sua concessão à configuração de hipóteses de fundado receio de frustração do resultado do processo executivo.

Em segundo lugar, porque todos os dispositivos legais citados que estabelecem exceções à indisponibilidade nos demais casos de indisponibilidade patrimonial devem ser aplicados na execução do crédito tributário, por imposição do princípio hermenêutico expresso no brocardo “*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*”, bem como pela aplicação, também no domínio das cautelares instrumentais aos processos de execução, do princípio da menor onerosidade, positivado no art. 620 do CPC.

Assim, como é curial, devem ser excetuados os bens absolutamente impenhoráveis, tais como o imóvel residencial e os bens que garantem a residência do devedor (Lei n. 8.009, de 29/03/1990, que estabelece a impenhorabilidade do bem de família).

Quanto à indisponibilidade dos bens da pessoa jurídica, a vedação à indisponibilidade de bens que não os do ativo permanente, levada a efeito pela Lei da Medida Cautelar Fiscal, também deve ser aplicada ao caso

⁴¹ Como sustentam BARRETO, Aires F. e GONÇALVES, Gilberto Rodrigues. A penhora ‘on-line’ na execução fiscal e a LC 118. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Oliveira Rocha – Comércio e Serviços Ltda, maio de 2005. v. 116.

em exame. Isso porque, como já dito no item relativo à indisponibilidade decretada em intervenção ou liquidação extrajudicial das instituições financeiras, a indisponibilidade não pode afetar a continuidade do ciclo operacional da empresa devedora. Inicialmente porque representaria um retrocesso aos importantes avanços já contidos na nova Lei de Falências, que busca estimular a recuperação da empresa em dificuldades momentâneas e, além disso, como decorrência da própria finalidade do instituto da indisponibilidade que é, unicamente, a conservação dos bens eventualmente sujeitos à execução e não a de imposição de penalidade ou medida coercitiva indireta ao devedor para que efetue o pagamento de seus débitos, tal como já decidiu o Supremo Tribunal Federal nas vetustas Súmulas 70, 323 e 547.

Como afirma o Werter Faria, citado pelo Desembargador Penalva Santos, em estudo sobre a matéria,

Seria contrário até mesmo ao bom senso impedir que o titular do estabelecimento vendesse os frutos colhidos e o gado em condições de abate, ou constituísse penhor para o procedimento normal das atividades. Não se faz necessário sustentar, como se tem feito alhures, que a venda e o gravame, nessas hipóteses, constituem atos de conservação ou de administração do estabelecimento. Vedam-se os atos que comprometam a exploração normal dele, e não os exigidos para mantê-lo produtivo.⁴²

É certo que a lei traz uma grande dificuldade em sua aplicação, que consiste na possibilidade de que a indisponibilidade, mesmo que limitada no despacho do juiz ao montante da dívida em execução, venha a se multiplicar, na mesma proporção do número de órgãos registrais que venham a localizar e cumprir o comando judicial, o que, a princípio, parece contrariar os princípios gerais da execução que vedam o excesso de execução, como também o de que a execução deverá ocorrer pelo modo menos gravoso ao devedor.

⁴² Apud Santos, Joaquim Antonio de Vizeu Penalva. Disponibilidade: Sua Função no âmbito do Direito de Propriedade: Atuação da Disponibilidade na Falência, na Liquidação Extrajudicial de Instituição Financeira e no Contrato Estimatório. In: *Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal*, v. 25, n. 1, p. 11-9, jan. 2005.

Todavia, neste caso hipotético, não se pode deixar de anotar que o devedor em questão já foi citado e não exercitou sua faculdade de indicar bens à penhora e se, neste caso, os bens existiam e foram detectados em mais de um dos órgãos responsáveis pelo controle e registro patrimonial, não se pode ignorar que para tal resultado também contribuiu da inércia do devedor.

Como aponta Leonardo Greco, citado em estudo da lavra de Maria Helena Rau de Souza, há, inclusive, no Direito Estrangeiro, mecanismos rigorosos que buscam impor pesadas sanções ao devedor que se esquivava do dever de informar os bens de seu patrimônio sobre os quais deverão recair os atos de execução.⁴³

Mas, como já registrado, ao decreto de indisponibilidade da Lei Complementar n. 188/2005, deverá aplicar-se todo o arcabouço legal que disciplina suas exceções e, no aspecto quantitativo, deverá ser controlado pelo juiz da execução que deverá determinar seu imediato levantamento, caso se verifique o excesso.

É preciso apontar, ainda, que a afirmação de que o decreto de indisponibilidade não representa supressão de todos os poderes decorrentes do direito de propriedade, mas tão somente da faculdade de disposição encontra dificuldades, na prática.

Veja-se, por exemplo, o numerário depositado em instituições bancárias. Ao receber a ordem de indisponibilidade, ficará o banco depositário incumbido de “bloquear” tais valores, tornando inoperantes para o titular da conta as operações de saque e transferências, a qualquer título. Neste caso, portanto, a ordem judicial implicará, ao menos no que tange aos valores depositados em conta corrente, na prática, vedação, pura e simples ao exercício do direito de propriedade, em todas as suas facetas. Em tal hipótese, até segunda ordem, o devedor ficará absolutamente privado de seus bens depositados em instituições financeiras.

Nestes casos, em que a ordem judicial de indisponibilidade acaba por impedir de forma total o exercício de todos os direitos decorrentes do direito de propriedade, tanto usar, quanto gozar e dispor, não resta a

⁴³ SOUZA, Maria Helena Rau. *Código Tributário Nacional Comentado*. Coordenação Vladimir Passos de Freitas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

menor dúvida de que o devedor restará privado destes bens, abrindo-se campo para verificar se tal privação resultou, de fato, de um processo consentâneo à garantia do devido processo legal.

Cabe, nestes casos, ao aplicador da norma cercar-se de ainda maiores cuidados excetuando do âmbito da ordem judicial, no que diz respeito às pessoas físicas, os vencimentos e salários, por se tratar de bens absolutamente impenhoráveis, e no caso das pessoas jurídicas, os valores destinados às operações correntes do estabelecimento, tais como, pagamento de salários e fornecedores, com vistas à preservação do ciclo operacional da empresa.

Com estes cuidados e levando-se em consideração que a norma será aplicada não automaticamente, mas de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, não se vislumbra, a princípio uma pecha de inconstitucionalidade ou desconformidade com a cláusula do devido processo legal em seu aspecto processual.

O que se questiona é a efetiva necessidade da criação de mais este instituto.

Em 1992 foi editada a Lei da Medida Cautelar Fiscal que, não obstante as deficiências técnicas apontadas pelos estudiosos do tema, constituiu e constitui importante mecanismo de preservação da pretensão executiva dos créditos públicos.

Em 1997, com a Lei n. 9.532/97, foram ampliadas suas hipóteses de cabimento, além de ser introduzido o arrolamento fiscal que criou para a autoridade fiscal a obrigação de realizar a identificação de bens e direitos do contribuinte sempre que o valor dos créditos de sua responsabilidade superasse 30% de seu patrimônio conhecido (art. 64).

Tendo em vista a existência de tais instrumentos processuais e administrativos já colocados à disposição do credor tributário, seria efetivamente necessária a criação de mais este instituto?

Não se pode ignorar que o processo de execução, como bem aponta Maria Helena Rau de Souza, atravessa um momento de crise, sendo um dos maiores obstáculos à sua eficácia as dificuldades de localização dos bens do devedor.

Todavia, não se pode deixar de observar, que tanto a medida cautelar fiscal, quanto o arrolamento administrativo, são instrumentos de ini-

ciativa do credor tributário e seu sucesso depende, quase que exclusivamente, de uma atuação coordenada entre as instâncias de fiscalização e as Procuradorias.

A indisponibilidade do art. 185-A do CTN parece querer atribuir ao Poder Judiciário o ônus de localização e reserva dos bens do patrimônio do executado o que pode representar efetivamente um avanço na superação da mencionada crise, ou, ao revés, acarretar a multiplicação de incidentes processuais que poderão retardar ainda mais a marcha processual, considerando-se o imenso volume de ações que tramitam nos juízos especializados.

Além do mais, a criação de “medidas por demais invasivas na privacidade e intimidade dos particulares deve responder a anseios de ordem pública, justificadas não apenas em interesses creditícios, ainda que sejam estes atrelados ao Erário”⁴⁴.

Cabe ao Poder Judiciário encontrar o justo equilíbrio entre os interesses fazendários e as garantias constitucionais da privacidade, da intimidade, do sigilo e da dignidade humana.

A este propósito, é oportuna a citação de Vicente Greco Filho que, analisando a medida cautelar fiscal, com inteira propriedade, aduziu: “uma coisa é a vontade do legislador, outra é a vontade da lei. Esta, quando é editada se insere num universo compreensivo e será interpretada e aplicada dentro do espaço que lhe foi possível ocupar.”⁴⁵

Tal ensinamento possui inteira aplicação aos dispositivos legais que buscamos analisar e que, ao que concluímos, não se apresentam inconstitucionais, em tese. Sua aplicabilidade, no caso concreto, entretanto, subordina-se a uma interpretação conforme a Constituição, de acordo com os critérios e parâmetros fornecidos pela cláusula do devido processo legal, das garantias fundamentais, além dos princípios hermenêuticos, aqui defendidos.

Este o espaço que lhe cabe ocupar no ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁴ TRF4, AG 2008.04.00.002136-1, Segunda Turma, Relator Marciane Bonzanini, D.E. 01/02/2008

⁴⁵ “Medida cautelar fiscal e contra o poder público”, matéria publicada no Correio Brasileiro, no Caderno “Direito e Justiça”, de 10 de agosto de 1992.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique. *Ação Cautelar Fiscal e o Depositário Infiel*. 2.^a ed. São Paulo: Ed. LEUD, 1995.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARRETO, Aires F. e GONÇALVES, Gilberto Rodrigues. A penhora ‘on-line’ na execução fiscal e a LC 118. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Oliveira Rocha – Comércio e Serviços Ltda, maio de 2005. v. 116.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões*. 19.^a ed., vol. 6. São Paulo: Ed. Saraiva, 1983.

CARVALHO SANTOS, J.M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Vol. XXIII. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1937.

CASTRO, Aldemário Araújo. A Indisponibilidade de Bens e Direitos Prevista no Art. 185-A do Código Tributário Nacional. In: *Reflexos Tributários da Nova Lei de Falência (Comentários à LC 118/2005)*. São Paulo: MP Editora, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DADICO, Claudia Maria. *A Medida Cautelar Fiscal e o Princípio do Devido Processo Legal*. Dissertação de Mestrado apresentado no Departamento de Direito Processual da FADUSP. São Paulo: 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 4.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões*. 4.^a ed., vol. 6. São Paulo: ed. Saraiva, 1988.

FERREIRA, Pinto. *Tratados das Heranças e dos Testamentos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

GRECO FILHO, Vicente. Medida cautelar fiscal e contra o poder público. Matéria publicada no Correio Braziliense, no *Caderno “Direito e Justiça”*, de 10 de agosto de 1992.

HARADA, Kiyoshi. Lei Complementar nº 118/2005 – Inovações Introduzidas no Código Tributário Nacional. **Repertório de Jurisprudência IOB**, 2.^a quinzena de março de 2005, nº 6/2005, pp. 214-211.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

LOPES, Pedro Câmara Raposo. **A indisponibilidade universal da Lei n. 118/2005**, disponível em <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6385>, acessado em 23.02.2008.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas Preventivas. Medidas Preparatórias – Medidas de conservação**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares Editora, 1958.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MANDRIOLI, Crisanto. Per una Nozione Strutturale dei Provvedimenti Anticipatori o Interinali. In: **Rivista di Diritto Processuale**, ano XIX, n. 4, p. 551-581. Pádua: CEDAM, outubro-dezembro 1964.

MARTINS, Ives Gandra da Silva et alii. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Doutrina e Prática**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MOREIRA, Helena Delgado Fialho. **O Impacto, nos Executivos Fiscais, das Inovações Trazidas à Disciplina Tributária pela Lei Complementar 118 e pela Nova Lei de Falências**. Artigo extraído do site: <<http://teiajuridica.com/impacto.htm>>

PINTO FERREIRA, Luís. **Tratado das Heranças e dos Testamentos**. 2.^a ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1990.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado. Parte Geral**. Tomo IV. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. 16.^a ed., vol. 7. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

SADDI, Jairo (organizador). *Intervenção e Liquidação Extrajudicial o Sistema Financeiro Nacional – 25 anos da Lei 6.024/74*. São Paulo: Textonovo/UNICID, 1999.

SANTOS, Joaquim Antonio de Vizeu Penalva. Disponibilidade: Sua Função no âmbito do Direito de Propriedade: Atuação da Disponibilidade na Falência, na Liquidação Extrajudicial de Instituição Financeira e no Contrato Estimatório. *ADV Advocacia Dinâmica: boletim informativo semanal*, v. 25, n. 1, pp. 11-9, jan. 2005.

SOUZA, Maria Helena Rau. *Código Tributário Nacional Comentado*. Coordenação Vladimir Passos de Freitas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. II. Processo de Execução e Processo Cautelar*. 14.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

TZIRULNIK, Luiz. *Intervenção e Liquidação Extrajudicial das Instituições Financeiras*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 2.^a ed.

WAISBERG, Ivo. *Responsabilidade Civil dos Administradores de Bancos Comerciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e outros. *Curso Avançado de Processo Civil*. 9.^a ed., vol. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006/2007.

_____. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. Vol. 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.